

AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA DIANTE DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Renan Paes Felix¹

1 INTRODUÇÃO

Um dos elementos essenciais na constituição do Estado é o poder político, através do qual se toma decisões em nome da coletividade. O povo, fonte de onde emana a vontade geral, verdadeiro detentor do poder soberano, delega uma parcela de sua liberdade para que surja uma pessoa jurídica que passa a gerir os negócios da comunidade. É esta, em síntese, a idéia do pacto social de Rousseau², pois segundo esta aliança, os cidadãos se submetem a uma igualdade tal que se

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

² ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 32.

obrigam debaixo das mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos.

O Estado, pessoa jurídica munida de poder, passa a se auto-organizar e atuar nas mais diversas esferas, sujeitando todos às suas decisões. No desdobrar dessas ações, a função de administrar e gerenciar os negócios estatais leva o Estado a se envolver em várias relações jurídicas, como, por exemplo, pagamento de pessoal, obras de infra-estrutura, aquisição de materiais de expediente, enfim, contratos dos mais variados tipos. Todas essas ações demandam manifestações de vontade e tomada de decisões, que são levadas a cabo pelos agentes estatais, pois a pessoa jurídica estatal necessita deles para exteriorizar a sua vontade.

O agigantamento do Estado, a massificação e a maior intensidade das relações sociais, para usar as palavras de Bueno³, acabam por exigir do Estado um aparato judicial eficaz para lidar com os atritos nas diversas facetas destas relações sociais, seja entre os particulares ou, como mais nos interessa, entre estes e o Estado.

Uma atuação tão diversa e abrangente enseja inúmeras lides judiciais, especialmente porque, embora o objetivo estatal seja a busca do bem comum e do

³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**: um tema com variações. São Paulo: RT, 1999. p. 26.

desenvolvimento nacional, estamos sujeitos à conduta humana, que nem sempre se compatibiliza com esse fins colimados. Ao lidarmos com a restrição de direitos fundamentais para a promoção do interesse público, não poucas vezes, abusos podem ser cometidos, pois o agente do Estado, como ser humano, às vezes não é capaz de tomar a melhor decisão dentro da competência de que lhe foi conferida.

Dado o alto grau de importância dos atos do Governo, o Estado necessita de certas prerrogativas quando figura em um processo judicial, pois os recursos públicos são formados por todos os cidadãos, através das contribuições e todas as outras formas de arrecadação. Em vista disso, o destino dessas verbas interessa diretamente à sociedade.

No direito pátrio, o Estado possui representação judicial em todas as esferas, Federal, Estadual e Municipal. No que concerne às finanças estatais, representando o aspecto financeiro do ente público, temos a *Fazenda Pública*. O termo se generalizou e passou a abarcar também o sentido de *Estado em juízo*, ou seja, em todo processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada genericamente de *Fazenda Pública*.

Pois bem. Como dito, a Fazenda Pública, por tratar de matérias de interesse supra individual e que interessam à

população (pois os negócios do Estado, em tese, interessam ao povo, visto que pagamos impostos e elegemos os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo), necessita de certas prerrogativas processuais que lhe garantam uma atuação judicial proporcional ao interesse que defende.

Em razão dessa atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta vantagens como o reexame necessário das sentenças que lhes são desfavoráveis (CPC, art. 475, II e III), prazos especiais para contestar e recorrer (CPC, art. 188), restrições quanto à concessão de liminares ou cautelares em desfavor do Estado (Leis n.º 4.348/64 e 5.021/66), execução especial, na forma do art. 730 do CPC, e o pagamento das condenações por via de precatório (CF, art. 100).

O nosso trabalho pretende, em especial, analisar se todas essas prerrogativas processuais da Fazenda Pública ainda podem se sustentar diante da busca pela efetividade do processo. Sabe-se que o nosso Poder Judiciário anda um pouco “engessado” com um número quase infinito de processos e boa parte destes referem-se à lides contra a Fazenda Pública, que se perpetuam no tempo devido a essas prerrogativas. Todas essas prerrogativas criam uma proteção, que alguns autores

denominam privilégios⁴, para o Estado quando em juízo. Desse modo, tencionamos traçar um marco para saber até que ponto esses privilégios da Fazenda Pública podem rivalizar com direitos fundamentais, como a tempestividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII), a dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III), o princípio da inafastabilidade, do devido processo legal, e, em especial, com o princípio da isonomia.

As prerrogativas processuais possuem o condão de impedir a concessão de emperrar a prestação jurisdicional? E os interesses protegidos pela Lei Maior constituem ou não balizas para a delimitação do alcance dessas prerrogativas? Procuraremos responder estas indagações nos tópicos a seguir na esperança de lograr um adensamento da força normativa da Constituição e, conseqüentemente, de sua efetividade como Norma Ápice no ordenamento jurídico brasileiro.

2 AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

Especialmente em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ocorre um

⁴ Por todos, DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 655-63.

desnívelamento das partes nas relações jurídicas processuais. Para tutelar esses interesses tão importantes para a sociedade, são conferidos alguns privilégios ao Estado quando atua em juízo.

São as seguintes as principais prerrogativas processuais:

1. *Juízo privativo*. Em várias comarcas das Justiças Estaduais existem varas especializadas da Fazenda Pública, exceto quando se tratar da União, entidade autárquica federal ou empresa pública, pois nesse caso a esfera de competência é da Justiça Federal.

2. *Prazos dilatados*. De acordo com o art. 188 do CPC, a Fazenda Pública tem prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. A Lei nº 9.469/97, em seu artigo 10, estendeu esse prazo às autarquias e fundações públicas.

3. *Duplo grau de jurisdição*⁵. O art. 475, incisos I e II, do CPC, determina que está sujeita ao duplo grau de

⁵ Existe Projeto de Lei no Senado Federal (PLS 11/2005), de autoria do Senador Pedro Simon, que pretende revogar o instituto do reexame necessário da revisão das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública. Está assim disposto parte da justificação do referido Projeto de Lei: “O projeto não pretende diminuir a capacidade de defesa da Fazenda Pública, nem impedi-la de recorrer das decisões desfavoráveis. A intenção é, tão somente, limitar os recursos às hipóteses em que haja real interesse público pela revisão do julgado. Como se encontra, a legislação propicia, injustificadamente, ao administrado-litigante, a

jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como a que julgar improcedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Trata-se do chamado reexame necessário. Excetua-se a essa regra a sentença proferida contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário (art. 12, Medida Provisória nº2.180-35 de 2001). Os tribunais, outrossim, em certas hipóteses não acatam o reexame necessário, com fulcro na redação dos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, que dispensam tal recurso no caso de condenação de valor certo não excedente a 60 (sessenta salários mínimos), no caso de procedência dos

espera, pelo menos por mais um ou dois anos, da reparação por algum dano sofrido, a ficar com o nome constando nos cartórios de distribuição como alguém que está sendo processado, a permanecer com obra embargada ou o seu comércio fechado etc. Ademais, com a estruturação da Advocacia-Geral da União e dos demais órgãos de defesa judicial dos entes públicos, não mais se justifica a obrigatoriedade da revisão das sentenças que lhes forem desfavoráveis. Impõe-se, pois, a imediata revogação do instituto do reexame necessário, depreciativo das atividades administrativa e judiciária". Esperamos que o Congresso Nacional dê ao Projeto de Lei a sua devida importância para o aperfeiçoamento do nosso Processo Civil.

embargos de devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, e, por último, quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente para julgar a questão.

4. *Prescrição quinquenal.* As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como das Fazendas federal, estadual e municipal, prescrevem em 5 (cinco) anos (Decreto nº. 20.910/32). Além disso, dispõe o Decreto-Lei nº 4.597, em seu artigo 3º que:

A prescrição das dívidas, direitos e ações a que se refere o decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, somente pode ser interrompida uma vez, e recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper; consumir-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio.

Desse modo, existem características especiais no tocante ao reinício da contagem do prazo prescricional, após uma interrupção que porventura tenha ocorrido. Poderia dar-se o caso de esse prazo ser até menor que 5 (cinco) anos se a interrupção ocorresse na primeira metade do prazo. O STF, entretanto, diligentemente corrigiu a falha na lei editando a

Súmula nº 383, que reza o seguinte: “A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo”. Há, pois, uma redução na contagem do prazo no seu reinício, após a interrupção, caracterizando mais um privilégio do Estado no terreno jurídico da prescrição.

5. *Pagamento das despesas judiciais.* De acordo com o art. 1º-A da Lei 9.494/97, com a redação dada pela MP 2.180-35/2001, determina que estão dispensados de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais. É dizer, para a Fazenda Pública, recorrer não custa nada.

6. *Processo especial de execução.* A Constituição, em seu art. 100, disciplina a sistemática dos precatórios judiciais, abrangendo todas as entidades de direito público. Conforme previsto, o Presidente do Tribunal que proferir a decisão fará consignar no seu orçamento verba necessária ao pagamento dos débitos relativos aos precatórios apresentados até 1º de julho, pela ordem cronológica de apresentação, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte. Esse procedimento não se aplica aos débitos de natureza alimentícia e aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de

pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

7. Restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada. As leis nº 8.437/92 e 9.494/97 contêm restrições, respectivamente, à concessão de medidas liminares contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança; e restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Essas leis, na lição de Fux⁶, chegam a criar um novo microsistema legislativo de restrição às liminares contra o Poder Público.

Todas essas prerrogativas acima elencadas se levantam como obstáculos para o bom andamento dos processos no âmbito do Poder Judiciário.

3 A FAZENDA PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO

É consabido que um dos alicerces de todo o direito público é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois, na medida em que todos compartilham desse

interesse, ele passa a ter mais relevo do que o interesse de apenas um particular. Toda a atuação do Poder Público é norteadada pelo *interesse público* e constitui-se em finalidade precípua a sua constante concretização.

Esse princípio não restringe a irradiação de seus efeitos apenas à Administração, vinculando também o legislador no seu ofício. Em suma, como ensina Di Pietro, o interesse público “inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”⁷. Em virtude disso, basilar é o princípio da legalidade, pois demonstra que os agentes públicos não agem ao seu talante, devendo seguir os mandamentos legais previamente estatuídos, zelando sempre pela proteção do interesse público, devendo ser verdadeiros guardiões desse interesse, assim como, *mutatis mutandis*, ao STF cabe a guarda da Constituição Federal.

Destarte, mesmo não sendo a titular do interesse público, a Fazenda Pública se apresenta como o ente destinado a preservá-lo, o seu guardião, visando sempre conciliar os interesses contrapostos e buscar o bem comum, lutando

⁶ FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. Rio de Janeiro. **Revista de Direito Renovar**. n. 29, p.13-32, maio/ago. 2004.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 160.

sempre pelo fiel cumprimento do ordenamento jurídico e pela probidade administrativa.

Como leciona Carneiro da Cunha, “a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria; é algo mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública”⁸.

Visto que tutela o interesse público, o erário, que é formado pela contribuição de todas as pessoas que formam a sociedade, ostenta a Fazenda Pública privilégios quando atua em juízo. Ou seja, como a autoridade pública administra os recursos estatais, resta aí o fundamento para o tratamento diferenciado que recebe a Fazenda Pública em juízo.

Com efeito, em virtude da existência do interesse público, cabe:

ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos⁹.

Emergiram, neste contexto, as já elencadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, propondo-se a

⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 27.

⁹ *Idem*. p. 28.

dar melhores condições para a representação judicial do Estado.

Cumpre, entretanto, tecer mais algumas considerações a respeito do Estado na titularidade desse interesse público.

Sabe-se que o Estado é uma pessoa jurídica e possui interesses. Nesse prisma, de acordo com Bandeira de Mello:

o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas (as demais pessoas físicas e jurídicas), concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes (...) não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer sujeito¹⁰.

Invocando a doutrina italiana, o professor paulista conclui que esses interesses - ditos secundários - só podem ser buscados quando coincidentes com os interesses primários do Estado, ou seja, os interesses públicos propriamente ditos.¹¹

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

¹¹ Podemos encontrar, na prática administrativa brasileira, vários exemplos de interesses públicos secundários. O Estado recusar-se administrativamente à responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros; o interesse em pagar valores ínfimos nas desapropriações; o interesse em tributar desmesuradamente os administrados, enriquecendo o Erário e empobrecendo a Sociedade; o pagamento da salários miseráveis aos servidores. Tais

Entendemos que o interesse público é aquele que melhor fomenta ou realiza os interesses e objetivos propugnados na nossa Constituição Federal. Por isso, Meirelles arremata que, salvo suas prerrogativas processuais, "a Fazenda Pública, como autora ou ré, assistente ou opoente, litiga em situação idêntica a do particular"¹².

Deve-se, portanto, analisar com cautela a questão do interesse público para que a Fazenda Pública não o invoque em sua defesa para, por exemplo, coibir a antecipação de tutela em seu desfavor quando, por vezes, está defendendo interesses públicos secundários e não os interesses públicos propriamente ditos.

Em suma, em se tratando de pessoa jurídica de direito público que defende interesses próprios, entendemos que fere o princípio da igualdade a concessão das prerrogativas processuais aludidas, ao passo que, quando esta pessoa jurídica esteja resguardando interesses que dizem respeito à toda coletividade, ao interesse público primária, aí sim justificam-se tais prerrogativas.

interesses não são públicos, pois o interesse público primário visa o bem-estar da coletividade.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 691.

4 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Devemos ter em vista que, esses privilégios, por concederem vantagens ao Estado, não devem ser interpretados em sentido extensivo, pois como ensina Maximiliano, “consideram-se excepcionais as disposições que asseguram privilégio”¹³, restringindo-se às disposições legais, para que não ocorram abusos, pois todas as regras estão adstritas ao princípio da isonomia. Então, por exemplo, parece-nos claro que se a Lei nº 9.494/97 elenca os casos em que a tutela antecipada contra a Fazenda Pública é vedada, nas demais hipóteses a vedação não acontece.

É certo que o interesse público merece uma tutela especial, mas encontra limites nos princípios da isonomia material, proporcionalidade e razoabilidade. A isonomia material garante e justifica as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública quando emana a idéia da isonomia de Aristóteles, segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, na proporção de sua desigualdade. Assim, se a Fazenda Pública lida com interesses importantes para a sociedade, deve merecer tratamento

¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 232.

processual diferenciado, desde que “afete a todos igualmente, que seja executado com fidelidade aos critérios legalmente estabelecidos, que esteja perfeitamente justificado o elemento discriminador e que guarde consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”¹⁴.

Com efeito, de acordo com Bandeira de Mello em sua monografia sobre a igualdade, “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos”¹⁵. Porém, é notório que numa sociedade tão complexa e díspar como a nossa, a isonomia formal é insuficiente e caduca, pois como assevera Kelsen:

“a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles”¹⁶.

¹⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Tutela Antecipada na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003. p. 61.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 10.

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 203.

Partindo do autorizado conceito aristotélico de igualdade, Bandeira de Mello buscou aclarar o negrume que pairava sobre os critérios legitimamente aferíveis para determinar quem são os iguais e quem os desiguais, para que se conceda o tratamento jurídico diferenciado de forma coerente.

Desse modo, edificou ele três critérios básicos para identificar o respeito ou desrespeito à isonomia. Primeiramente, verifica-se o elemento tomado como fator de discriminação. Em seguida, cumpre averiguar a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado. Por último, atina-se à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. A hostilidade ao preceito isonômico pode residir em qualquer destes critérios.

O tema aqui tratado guarda semelhança especialmente com este último critério apontado pelo grande administrativista, quando fala da harmonia ou não do fator de desigualação com o sistema constitucional vigente.

Submetendo as prerrogativas processuais da Fazenda Pública ao crivo dos critérios para aferição do respeito ou desrespeito à isonomia, temos o seguinte: em relação ao primeiro critério, o que autoriza discriminar é a diferença que

as coisas, pessoas ou situações possuem em si. A Fazenda Pública defende o interesse público, o advogado particular defende o interesse da parte, interesse privado. Como o interesse público se sobrepõe ao do particular, temos aí elementos que rendem ensejo ao traço diferencial adotado no tratamento da Fazenda Pública quando em juízo.

Continuando a breve análise, constata-se que “o ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele”¹⁷. Assim, existe justificativa racional para que, por exemplo, a Fazenda Pública tenha prazo dilatado em quádruplo para contestar?

A discriminação não pode ser fortuita ou gratuita, deve haver uma adequação racional entre o tratamento diferenciado e a razão diferencial que lhe serviu de *supedâneo*¹⁸. A nosso sentir, existe correlação lógica para o prazo dilatado pois o advogado público é submetido a um volume de trabalho maior e, enquanto um advogado particular pode selecionar as causas que lhe interessam, recusando aquelas que não convêm, o advogado público não pode declinar de sua função, deixando de proceder com a defesa da

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, op cit., p. 37.

¹⁸ *Idem.* p. 39.

Fazenda Pública¹⁹, sem falar na burocracia inerente à sua atividade, tendo dificuldade de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa e, finalmente, como não poderia deixar de ser, está exercendo a tutela do interesse público. Diante do exposto, entendemos que existe uma adequação lógica entre o tratamento diferenciado e o fator diferencial, ao menos no exemplo dado²⁰.

Por derradeiro, deve-se verificar a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição Federal. Um desses direitos é a tempestividade da tutela jurisdicional, que foi incluído no rol dos direitos fundamentais, através do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição.

Entendemos que, desde que perfeitamente justificado o elemento discriminador, não se pode falar, via de regra, em violação ao princípio da igualdade. No caso, porém, da antecipação de tutela contra o Poder Público, não encontramos

¹⁹ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 28-9.

²⁰ Tem-se caso em que o STF reconheceu que a instituição de privilégios à Fazenda Pública violava os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e, em consequência, ofendia o preceito isonômico. Na ADIN 1753/DF, questionou-se a respeito da constitucionalidade da ampliação do prazo para a Fazenda Pública propor ação rescisória. O Supremo entendeu que tratavam-se de privilégios inconstitucionais, pois as inovações discutidas, “de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito particular já reconhecido em juízo”. STF, Adin n.1753/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 12.06.98.

na ordem jurídica brasileira justificativa plausível para a sua proibição indiscriminada. A existência de óbices como a regra do reexame necessário constante no art. 475 do CPC e a sistemática do precatório no art. 100 da CF não veda a concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, pois é flagrante a desproporção entre a vantagem obtida pela Fazenda Pública e o sacrifício imposto à parte que aparenta ter o direito ao provimento jurisdicional favorável.

Como constata Dinamarco, “apoiados no falso dogma da indisponibilidade dos bens do Estado, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a litigiosidade irresponsável que estes vêm praticando”, mediante a propositura de lides temerárias, excessiva interposição de recursos, “tudo concorrendo ainda para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população”²¹.

Não se pode, simplesmente, em nome da supremacia do interesse público, suprimir os direitos do particular, quando o dever do Estado é garantir a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 214.

5 A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Uma vez que o Estado proibiu a autotutela privada, incumbiu-se na árdua tarefa de prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses para o qual haja a provocação das partes. O jurisdicionado, portanto, não tem apenas direito à tutela jurisdicional, mas a uma resposta adequada e efetiva. Por vezes, o procedimento ordinário não se tem mostrado adequado para solucionar várias situações concretas.

Como se tornou notório na prática jurídica brasileira, o procedimento ordinário é por natureza extenso, uma vez que o juiz é chamado a proferir, nos processos que o seguem, julgamentos baseados em juízos de certeza, com cognição plena e exauriente. Há, porém, como ensina Freitas Câmara, “situações em que não se pode esperar o tempo necessário à formação do juízo de certeza exigido para a prolação de sentença no processo cognitivo, havendo a necessidade, para se tutelar adequadamente o direito material, de se prestar uma tutela jurisdicional satisfativa mais rápida”²². Em outras palavras, capaz de cumprir o objetivo precípua do processo,

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 89.

que é a pacificação com justiça, dentro de um prazo razoável, que não prejudique as partes pela dilatação demasiada desse lapso temporal entre a petição inicial e o trânsito em julgado da ação judicial. O processo, nas palavras de Marinoni, "para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para a realização do seu direito"²³.

É consabido que a idéia de processo está relacionada com o tempo, pois o seu resultado depende da prática de vários atos, sendo necessário o decurso de razoável prazo para seu término. Essa demora pode comprometer a efetividade processual, pois desde Beccaria²⁴ já se tem a idéia de que afirma que *justiça tardia não é justiça*. É aí que surge, entre outros institutos processuais, a tutela antecipada, pois o dano decorrente do prolongamento do processo é um dos requisitos que rendem ensejo à sua aplicação.

A antecipação da tutela veio à existência com o advento da Lei nº 8.952/1994, modificando a redação do art. 273 do Código de Processo Civil. Seguindo os reclamos pela efetividade da prestação jurisdicional, com a tomada de consciência de que o processo não é mero instrumento técnico

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. Malheiros. São Paulo, 1998. p. 107.

a serviço da ordem jurídica, mas poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade²⁵, surgiu instituto que consagra uma prestação jurisdicional de natureza cognitiva, sumária e satisfativa, através da qual, presentes os requisitos legais, se antecipa, provisoriamente, o próprio provimento jurisdicional almejado no processo de conhecimento²⁶.

Permite-se, assim, que o direito seja exercido desde logo. É uma forma diferenciada de prestação da tutela jurisdicional, em que se obtém tutela satisfativa com celeridade, com base em juízo de probabilidade, que corresponde a uma “quase-certeza”, razão pela qual exige-se, nesse campo, a existência de alguma produção probatória²⁷.

Sob a inspiração dos princípios da economia processual, celeridade e efetividade, materializa-se, com eficácia provisória, a própria proteção jurídica postulada em sede do processo de cognição, mas com vocação para, no futuro, ostentar a eficácia permanente, com a prolação da sentença e seu trânsito em julgado.

²⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 87.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.47.

²⁶ CONTE, Francesco. **A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v.718, ago. 1995. p.18.

²⁷ CÂMARA, op. cit. p. 281.

Por se tratar de forma de tutela jurisdicional diferenciada, deve ter caráter excepcional e só pode ser prestada nos casos em que se faça estritamente necessária, é dizer, nos casos em que esta for a única forma de prestação da tutela jurisdicional adequada à tutela do direito substancial. Exige, além da probabilidade de existência do direito alegado, uma situação capaz de gerar fundado receio de dano grave (*periculum in mora*), de difícil ou impossível reparação, ou que tenha ocorrido abuso do direito de defesa por parte do demandado (CPC, art. 273, I e II).

Em última análise, o instituto da tutela antecipada veio à existência para tornar eficaz os dispositivos constitucionais que garantem o acesso à justiça²⁸, pois esta garantia tornar-se-ia inócua se a lei não viesse a dispor sobre o direito processual, viabilizando a atuação do Estado na adequada solução de conflitos.

De outra banda, os defensores das prerrogativas do Estado entendem que a execução das decisões contra o Estado só é cabível pela via do precatório e após o trânsito em julgado. Além disso, para o Estado, recorrer nada custa e a gama de recursos disponíveis é de perder de vista. Como,

²⁸ SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional.

então, compatibilizar uma tutela de urgência diante de todos esses obstáculos?

Acreditamos que existe esperança se recorrermos aos direitos que nos foram garantidos na Constituição Federal. Estes estão protegidos contra a dilapidação do Legislador Constituinte Reformador que, quase regularmente, não reflete e reforma a nossa Lei Maior apenas para satisfazer interesses momentâneos de um governante. Para Konrad Hesse²⁹, o Direito Constitucional, e conseqüentemente, a Constituição, não existe apenas para justificar as relações de poder dominantes e sim para estar a serviço de uma ordem estatal justa.

Sabemos que, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor ou delegar tarefas e o efetivo cumprimento das condutas estabelecidas no texto constitucional corroboram para o adensamento de sua força normativa. Se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essas ordens³⁰, estaremos

Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. n. 54, p. 276-92, 2006.

²⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 11.

³⁰ *Idem.* p. 18.

contribuindo para a eficácia social da nossa Norma Ápice, segundo a perspectiva kelseniana.

Trazer efetividade para o texto constitucional é o mínimo que se pode fazer para que tenhamos um Poder Judiciário que realize a justiça em cada caso concreto, especialmente quando a Fazenda Pública figurar no pólo passivo da relação jurídica processual.

Assim, quando houver pontos de tensão nos casos concretos entre as prerrogativas da Fazenda Pública e a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, algo precisa ser feito.

A nosso sentir, uma solução bastante adequada para a questão posta encontra-se na vanguardista disposição encontrada no art. 18, inciso II da Constituição Portuguesa de 1974, a saber: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Em outras palavras, o chamado princípio da proporcionalidade tem o condão de preservar os direitos fundamentais que, mesmo podendo ser restringidos, devem preservar um mínimo de efetividade.

A proporcionalidade vem para lapidar e otimizar a defesa das garantias constitucionais que são, no dizer de Barbosa, "as defesas postas pela Constituição aos direitos

especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana"³¹.

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade³² e outros como a razoabilidade e a isonomia se consubstanciam em garantias fundamentais, com dimensão processual, de tutela de outros direitos e garantias fundamentais³³, pois não pode o acesso a uma ordem jurídica justa ser tolhido apenas porque a parte-ré é o Poder Público. O Estado não pode, por ter receio de sua justiça, torná-la praticamente inefetiva e ineficaz quando a pretensão é dirigida contra ele, criando quase que uma imunização ao Poder Judiciário³⁴.

³¹ BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934. v. VI, p. 278.

³² Também denominado de princípio da proibição do excesso, de acordo com Canotilho, esse princípio “é, hoje, assumido como um *princípio de controle* exercido pelos tribunais quando à adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 260.

³³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 267.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos os direitos constitucionalmente garantidos devem ser respeitados e cumpridos, de modo que estejam aptos a sempre produzir os efeitos que deles emanam. Entretanto, como já salientado, existem direitos que não podem ser aplicados simultaneamente e integralmente pelo simples fato de que eles são contrapostos.

A título de ilustração, temos o direito à intimidade, à vida privada e o direito à liberdade de informação jornalística, que podem, sem dúvida, em dado momento, colidir. Nestes casos, teremos, no dizer de Zavascki³⁵, os chamados fenômenos de tensão entre direitos fundamentais, gerando as conhecidas colisões de direitos fundamentais.

Considerando que inexiste hierarquia, no plano normativo, entre direitos fundamentais conflitantes, faz-se mister a devida ponderação dos valores e bens jurídicos tensionados, de modo a identificar uma possível relação de prevalência entre um deles, operando-se uma limitação de um

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 196.

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 62.

em benefício daquele que se mostrar mais importante no caso concreto.

Para isso, utiliza-se a técnica da ponderação que, para Alexy:

corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade do direito constitucional alemão. (...) O princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam.

Com isso, percebe-se a estreita relação entre ponderação e proporcionalidade e sua influência para a solução desses conflitos existentes em nosso ordenamento jurídico.

Em relação ao tema específico do nosso trabalho, como já se fez notório, o decurso do tempo no processo, inevitável para a garantia plena do direito à segurança jurídica, é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente, como salienta Zavascki³⁶, quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente. Presente está aí

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. Brasília. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1ª Região**. v. 7, n. 3, p. 15- 32, jul./set. 1995.

a colisão de direitos fundamentais, que deverá ser solucionada de acordo com os métodos aqui expostos.

Tudo o que já foi dito aqui de nada vale se não puder ser sair do papel e ser aplicado na prática. Por isso, nada mais salutar do que passar ao caso concreto.

Certo autor pretendia, através da antecipação de tutela, receber crédito contra a Fazenda Pública sem se submeter ao regime dos precatórios sob o fundamento de que estaria seriamente doente e em estado de necessidade, não lhe sendo possível aguardar o pagamento pela via legal do precatório. O valor objeto da execução excedia o limite de dispensa do precatório. O douto julgador entendeu que havia uma colisão de princípios entre a efetividade da prestação jurisdicional e a sistemática do precatório (prerrogativa da Fazenda Pública). Assim discorreu o eminente juiz:

a regra do precatório, que constitui verdadeiro princípio aplicável às execuções promovidas contra a Fazenda Pública, não é absoluta. Eventualmente, diante de situações verdadeiramente caracterizadas pela excepcionalidade, poderá ceder em benefício da eficácia da prestação jurisdicional. Não sendo a regra do precatório absoluta, o princípio da razoabilidade impõe que se prestigie, por seu maior peso, o princípio da efetividade da prestação jurisdicional e, porque não dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana, seriamente ameaçado no caso concreto.

Como visto, diante das específicas circunstâncias do caso concreto, verificou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana e da efetividade da tutela jurisdicional prevalecem sobre a sistemática dos precatórios.

Não defendemos, em hipótese alguma, o fim da segurança jurídica ou o direito alternativo, pois consideramos a segurança um princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito. Contudo, precisamos estar atentos a estes casos específicos³⁷ onde as circunstâncias clamam por

³⁷ Outro julgado interessante para o estudo, apesar de não tratar da antecipação de tutela: “CREDOR PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE E DE PROGNÓSTICO SOMBRIO. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIO. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREPONDERÂNCIA DESTES. EXECUÇÃO DIRETA QUE SE IMPÕE. A sistemática de precatórios pode ser considerada como autêntico princípio constitucional apto a reger situações nas quais a Fazenda Pública está obrigada a adimplir obrigação imposta por título executivo judicial, mediante gozo do privilégio da execução indireta. Evidencia-se a existência de zonas de tensão entre princípios que encontram abrigo constitucional quando se chocam as sistemáticas do precatório e a imposição de efetividade da tutela jurisdicional, de respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, que se vêem ameaçados vulneração pela tardança no pagamento ao credor que experimenta deterioração de seu estado de saúde em razão da moléstia grave e de prognóstico sombrio. Nesses casos, têm lugar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ‘que impõem ao juiz ponderar os interesses em conflito, para adotar a solução mais justa e adequada ao caso concreto’, harmonizando e integrando-os, ainda que estabelecendo preponderância de uns em relação a outros, ‘mas sempre buscando a paz social e a preservação dos direitos e garantias constitucionais’. A regra do precatório não é absoluta, impondo a razoabilidade que prepondere, em razão do maior vulto que assumem, os princípios da efetividade da tutela jurisdicional, da

uma ponderação e uma predominância da dignidade da pessoa humana e de todos esses direitos fundamentais que realizam a justiça no caso concreto. Medidas como estas não podem ser tomadas como regra geral, pois, como se sabe, a própria concessão da antecipação dos efeitos da tutela já requer uma situação de urgência, de excepcionalidade. Nesses casos, a ponderação das normas constitucionais, através do princípio da proporcionalidade, deve privilegiar o bem maior que é, sem dúvida, a vida³⁸.

Em última análise, entendemos que deve haver um equilíbrio entre a efetividade da tutela jurisdicional e as prerrogativas da Fazenda Pública, para que nenhum se sobreponha totalmente sobre o outro. Para isso, fundamental é a sensibilidade do julgador e a visão retrospectiva e prospectiva do legislador para aperfeiçoar os nossos institutos processuais a fim de que a máxima de Ulpiano ganhe cada vez mais força: *justiça é dar a cada um o que é seu*.

dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Os trajetos percorridos nos campos do Direitos não estão balizados apenas por lei. Ausência desta não significa carência de plausibilidade jurídica. Execução direta determinada”. TRT - 13ª Região. Agravo de Petição 00265.1998.012.13.00-0, Relator Juiz Carlos Coelho de Miranda Freire, DJ 10.08.05. Veja-se, ainda, no mesmo sentido: STJ, AGRESP 397275; STJ RESP 447668; STJ RESP 409172.

³⁸ A título de exemplo, *vide* STJ, RESP 779969/RS.

REFERÊNCIA

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1934.

v. VI.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de J. Cretella JR e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Decreto Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942. Dispõe sobre a prescrição das ações contra a Fazenda Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action> .

Acesso em: 04 dez. 2007

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CONTE, Francesco. A Fazenda Pública e a antecipação jurisdicional da tutela. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol.718, ago. 1995.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, n. 29, p.13-32, maio/ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal*. SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**: um tema com variações. São Paulo: RT, 1999.

_____. **O Poder Público em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n° 54, p. 276-92, 2006..

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Tutela Antecipada na Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região. Brasília.** v. 7, n. 3, p. 15-32, jul./set. 1995.